Leipzig

Die Erklärung der l. 22 § 1, l. 23 und l. 24 de evictionibus (21, 2) Digestorum

unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung für die geschichtliche Entwicklung der Eviktionshaftung des Verkäufers.

Eine Studie zur Haftung wegen Rechtsmängel beim Kauf.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Johannes Mueller
aus Berlin.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0059

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Text und Übersetzung . . . . . 1— 2

B. Erklärung der drei leges . . . . . 3—42

I. l. 22 . . . . . 3—24

1. Textkritik 3

2. Die Rechtslage 11

a) Die Klage aus dem mancipium und der satisdatio secundum mancipium

α) gegen Verkäufer,

β) gegen Bürgen.

b) Das Klagerecht der Frau wegen der Eviktion:

α) nicht auf Grund eines Regresses ihres Mannes; 12

Möglichkeit eines solchen Regresses:

aa) auf Grund einer dos venditionis causa aestimata? 14

bb) auf Grund einer dotis promissio 15

β) nicht wegen der Unität zwischen Mann und Frau, 16

sondern weil die dos res uxoria ist 18

aa) nicht rechtlich,

bb) sondern tatsächlich.

γ) Das sofortige Klagerecht der Frau 21

es bedeutet nicht:

aa) ohne den Regreß ihres Mannes abzuwarten, sondern

bb) ohne die Auflösung der Ehe abzuwarten.

δ) Das sofortige Klagerecht der Frau gegen die Bürgen 22

Seite

II. l. 23 . . . . . 24—36
1. Textkritik 25
2. Die Rechtslage 26
a) Die Klage der Erben der Frau 29
b) Die Klage der Erben der Frau ex stipulatu; Die Haftung des Verkäufers aus der stipulatio (duplae).
c) Die Klage des Mannes gegen die Erben 30
α) nicht ex promissione „evictionis", sondern
β) ex promissione „dotis" 33
III. l. 24 . . . . . 36—41
1. Die Rechtslage 36
a) Keine Klage der Frau ex stipulatu 37
Voraussetzung der Klage ex stipulatu:
α) Entziehung der Sache.
β) Entziehung per judicium.
b) Klage der Frau ex empto 38
α) Entstehung der actio empti aus der bona fides
β) Folgerungen:
aa) Die freiere Stellung bezüglich ihrer Voraussetzungen
bb) Anwendung auf die l. 24 39
C. Vergleichung der drei leges . . . . . 41—42

Literaturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. 1889.

Brunnemann, Kommentar zu den Pandekten. Frankfurt 1674.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Teil 1. Erlangen 1876.

Bechmann, Das römische Dotalrecht. Bd. 2. Erlangen 1867.

Bekker, Zur Lehre von der Eviktionsleistung. Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. 6. Leipzig 1863.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 2. Aufl., besorgt von Lotmar. Erlangen und Leipzig 1889.

Bruns-Gradenwitz, Fontes juris romani antiqui. 7. Aufl. 1909.

Casper, Der Verkauf einer fremden Sache nach römischem und gemeinem Recht. Diss. Berlin 1895.

Czyhlarz, Das römische Dotalrecht. Gießen 1870.

Degenkolb, Ein pactum fiduciae. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. 9. Weimar 1870.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 5. Aufl. Berlin 1900. Bd. 3. 7. Aufl. Berlin 1897. Bd. 3. Berlin 1903.

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums. Halle 1874.

Girard, L'action auctoritatis, Nouvelle révue historique. Paris 1882.

Girard, Les stipulations de garantie. Paris 1883.

Girard, La garantie d'éviction dans la vente consensuelle. Paris 1884.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 20. Erlangen 1819. Bd. 25. Erlangen 1824.

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887.

Haymann, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. Berlin 1912.

Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Jena 1907.

Huschke, Über das Recht des nexum und das altrömische Schuldrecht. Leipzig 1846.

Huschke, Zur Pandektenkritik. Leipzig 1875.

v. Jhering, Geist des römischen Rechts. Bd. 2 u. 3. Leipzig.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. Leipzig 1901.

Kempin, Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache. Diss. Zürich 1887.

Kipp, Die Litisdenuntiation als Prozeßeinleitungsform im römischen Zivilprozeß. Leipzig 1887.

Kohler, Der Kauf einer fremden Sache. In den Gesammelten Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht. Mannheim 1883.

Lachmann, Die historische Entwicklung der Eviktionshaftung im römischen Recht. Erlanger Diss. Borna-Leipzig 1908.

Lenel, Palingenesia juris civilis. Leipzig 1889.

Lenel, Das edictum perpetuum. 2. Aufl. Leipzig 1907.

Müller, Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion. Halle 1851.

Partsch, Besprechung von Haymann: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 33. Freiburg i. Br. 1912.

Pernice, Marcus Antistius Labeo. Bd. 2. Halle 1878.

Puchta, Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877.

Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. Leipzig 1902.

Rudorff, Über die bätische Fiduziartafel. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 11.

Rudorff, Über die Litiskreszenz. In der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14.

v. Salpius, Novation und Delegation. Berlin 1864.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Leipzig 1868.

v. Tigerström, Das römische Dotalrecht. Bd. 1. Berlin 1831.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.

Waechtler, Opuscula rariora. Utrecht 1733.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

Westphal, Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf usw. Leipzig 1789.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2 u. 3. Frankfurt a. M. 1906.

Die dem Thema zugrunde gelegten Digestenstellen lauten:

l. 22. Pomponius libro primo ex Plautio.

Si pro evictione fundi quem emit mulier satis accepisset et eundem fundum in dotem dedisset, deinde aliquis eum a marito per judicium abstulisset, potest mulier statim agere adversus fideiussores emptionis nomine, quasi minorem dotem habere coepisset vel etiam nullam, si tantum maritus optulisset quanti fundus esset.

l. 23. Ulpianus libro vicesimo nono ad Sabinum.

Sed et si post mortem mulieris evincatur, regressus erit ad duplae stipulationem, quia ex promissione maritus adversus heredes mulieris agere potest et ipsi ex stipulatu agere possunt.

l. 24. Africanus libro sexto quaestionum.

Non tamen ei consequens esse, ut et, si ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, comitti stipulationem dicamus, quamvis aeque indotata mulier futura sit, quoniam quidem, etiamsi verum sit habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit judicio eum evictum esse. Ex empto tamen contra venditorem mulier habet actionem.

Übersetzung:

l. 22. Eine Frau hat ein Grundstück gekauft und für den Fall seiner Entwehrung Sicherheitsleistung durch Bürgen erhalten. Nachdem sie es zur dos gegeben hat, wird es ihrem Ehemann von einem Dritten im gerichtlichen Verfahren entzogen. Die Frau kann sofort gegen die Bürgen wegen des Kaufes klagen; denn sie hat nunmehr nur noch eine geringere dos oder keine mehr, wenn der Mann den ganzen Wert des Grundstückes angeboten hat.

l. 23. Aber auch wenn nach dem Tode der Frau entwehrt wird, wird man auf die stipulatio duplae zurückgreifen können, und zwar deshalb, weil der Ehemann aus dem Versprechen gegen die Erben der Ehefrau klagen kann und diese selbst aus der stipulatio klagen können.

l. 24. Daraus folgt aber noch nicht, daß man von einem Verfallen der stipulatio duplae dann reden darf, wenn eine Frau einen von ihr gekauften Sklaven dem Manne, den sie zu heiraten beabsichtigt, zur dos gibt, welcher bereits dem Manne gehört, obwohl sie dadurch in gleicher Weise undotiert sein wird; denn wenn es auch richtig ist, daß sie den Sklaven nicht behalten darf, so ist er ihr doch nicht im gerichtlichen Verfahren entzogen worden. Die Frau hat jedoch gegen den Verkäufer die actio ex empto.

Die drei leges behandeln die Gewährleistungspflicht des Verkäufers. l. 22 und l. 23 handeln von der Haftung im Falle der Eviktion der gekauften Sache, die l. 24 von einer Haftung des Verkäufers, ohne daß dem Käufer die Sache evinziert wurde.

Die Erklärung der drei leges wird in der Weise erfolgen, daß jede für sich unter Zugrundelegung ihres vermutlichen ursprünglichen Textes betrachtet werden soll. Hieraus wird sich ihre Stellung und ihr Verhältnis zueinander ergeben. Es wird sich zeigen, daß die Haftung des Verkäufers in jeder lex eine Verschärfung erleidet, die ihren Abschluß in der in der l. 24 erwähnten actio empti findet.

Um den ursprünglichen Text der l. 22 feststellen zu können, muß zurückgegriffen werden auf die geschichtliche Entwicklung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers.

Lenels[1]) Verdienst ist es hier besonders, gefunden zu haben, daß das prätorische Edikt zwei die Eviktionshaftung betreffende Rechtsmittel, die actio auctoritatis und die stipulatio duplae, enthalten hat. Die heute sogen. actio auctoritatis — wie sie in Rom genannt wurde, ist uns nicht bekannt — ist die Klage aus dem mancipium, dem ältesten Kaufgeschäft der Römer. Auf Grund der Manzipation haftete der Verkäufer kraft Gesetzes dem Käufer für Eviktion,

---

[1]) Lenel, Edictum S. 517.

d. h. dafür, daß dem Käufer nicht auf Grund eines schon beim Verkäufer entstandenen fremden Anspruches der übertragene Gegenstand ganz oder teilweise infolge eines richtigen Urteils entzogen wurde. Die mit der Manzipation übernommene Gewährleistungspflicht erzeugte für den Verkäufer die Verpflichtung, in dem Prozeß zwischen dem Käufer und dem Dritten dem Käufer beizustehen.[1]) Diese Beistandspflicht oder Verpflichtung zur Defension wurde auctoritas genannt.[2]) Der Verkäufer heißt auctor, weil er die Rechtsstellung des Käufers im Prozesse zu vermehren sucht.[3]) Der Käufer muß den Prozeß sorgfältig geführt haben. Dazu gehört seine Pflicht zur litis denuntiatio. Unterlassene litis denuntiatio nimmt dem Käufer den Regreßanspruch.[4]) Nur dann soll die unterlassene litis denuntiatio dem Käufer den Regreßanspruch nicht nehmen, wenn der Käufer nachweist, daß der Dritte auch bei rechtzeitiger litis denuntiatio den Rechtsstreit gewonnen haben würde.[5]) Erfüllte der Verkäufer die Verpflichtung zur Beistandsleistung nicht, oder unterlag der Käufer

---

[1]) Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 115; Lenel, Edikt S. 518; Rabel S. 5ff.; Partsch S. 602.

[2]) Auctoritas bedeutet zunächst nichts weiter als der Beistand selbst, später die Verpflichtung zur Beistandsleistung; vgl. Girard 1882 S. 183.

[3]) Eck S. 7.

[4]) Rabel S. 29; Puchta § 362 S. 534.

[5]) Bechmann, Kauf S. 118; Windscheid-Kipp S. 673 Anm. 12; Sintenis § 116 Anm. 193.

trotz Mitwirkung des Verkäufers, so hatte der Käufer eine Klage gegen den Verkäufer, die actio auctoritatis, gerichtet auf das Doppelte des gezahlten Kaufpreises als das gesetzlich bestimmte Interesse des Käufers an dem Behalten der evinzierten Sache, nicht auf das doppelte Interesse.[1]) Daß die Verurteilung immer auf das Doppelte ging, wird von einigen bestritten.[2]) Die Ansicht jedoch, daß das Doppelte Ziel der Klage ist, läßt sich wohl verteidigen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß das ältere Recht und namentlich die XII Tafeln das Doppelte häufig als Maßstab annehmen.[3])

Die actio auctoritatis ist also die Klage, die gegeben wird, wenn die Defensionspflicht nicht erfüllt wird. Daraus könnte man mit Recht einen Zwang zur Beistandsleistung herleiten. Daß der Verkäufer aus dem Manzipium dem Käufer für habere licere und auch nur für den Fall der Eviktion haftete, ist quellenmäßig bezeugt.[4]) Dagegen ist eine weitergehende Haftung auf Verschaffung des Eigentums (aus den erhaltenen Quellenstellen) nicht ersichtlich. Als sicher erscheint, daß das Manzipium als die älteste Form des Kaufes auf Eigentumserwerb gerichtet war.[5]) Daraus läßt sich indessen eine besondere

---

[1]) Bechmann, Kauf S. 120ff.; Eck S. 9.

[2]) Huschke, Nexum S. 118; Müller S. 23.

[3]) vgl. hierüber Bechmann, Kauf S. 122; Eck S. 9/10.

[4]) vgl. Eck S. 8.

[5]) Eck S. 2.

Gewährleistungspflicht des Verkäufers noch nicht herleiten.[1]) Denn Leistungs- und Haftungspflicht sind als etwas voneinander Verschiedenes getrennt zu halten.

Bestritten ist, ob die Haftung des Verkäufers sich aus Delikt oder Vertrag ergibt. Jhering will[2]) den Verkäufer aus der Eviktion ähnlich einem Diebe haften lassen, weil er durch die Annahme des Kaufpreises stillschweigend seine Zustimmung zu der feierlichen Erklärung des Käufers gegeben habe, daß die Sache sein sei. Haymann[3]) sieht in der actio auctoritatis eine „dolus-Haftung, die wegen Irreführung des Käufers den Verkäufer trifft und konsequenterweise dem wissenden Erwerber nicht zusteht".[4]) Auch Rabel[5]) meint, daß der Rechtsgrund der Haftung des Verkäufers das Delikt sei. Das Delikt bestände nicht im Verkaufe und nicht in der Schadenszufügung durch den Verkauf, sondern in der nichterfolgten Leistung der Defension.[6]) Mit Recht wendet man hiergegen ein, daß kein Delikt, auch kein Quasidelikt vorliege,

---

[1]) Eck S. 3.

[2]) Jhering Bd. 2 § 46 S. 528 Anm. 716, Bd. 3 § 53 S. 139.

[3]) Haymann S. 1: „Der Manzipant muß es auf Grund dieser altzivilen Pönalklage mit dem Doppelten des Kaufpreises büßen . . ."

[4]) So Partsch S. 601.

[5]) Rabel S. 9.

[6]) Rabel S. 10.

und daß die actio auctoritatis einen dolus des Verkäufers nicht voraussetze und auch keine infamierende Wirkung habe.[1]) Bechmann[2]) leitet die Haftung aus dem Schweigen des Verkäufers zu den Worten des Käufers: „hanc rem meam esse aio" ab, stillschweigend übernehme er für deren Richtigkeit die Garantie. Sicherlich hat eine Garantiepflicht bei der mancipatio bestanden, nur das ist bestritten, ob die Haftung unmittelbar aus der Manzipation hervorging oder erst durch eine besondere mündliche Nebenabrede begründet werden mußte. Letzterer Ansicht sind Rudorff,[3]) Karlowa[4]) und Eck,[5]) der sich auf die Meinung von Jhering,[6]) „daß kein Akt des älteren Rechts zugleich dingliche und obligatorische Wirkung hervorbringt", stützt. Gegner dieser Ansicht sind Huschke,[7]) Müller[8]) und Bechmann,[9]) der überzeugend den Nachweis geführt hat, daß Haftung ipso jure eintritt. Er sagt: „Wo Manzipation ist, da

---

[1]) Eck S. 3, 4; Rudorff, Fiduziartafel S. 88.

[2]) Bechmann, Kauf S. 101, 143.

[3]) Rudorff, Fiduziartafel S. 88, 97.

[4]) Karlowa S. 373 ff.

[5]) Eck S. 2.

[6]) Jhering Bd. 3 § 53 S. 140.

[7]) Huschke, Nexum S. 171.

[8]) Müller S. 15.

[9]) Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 127 ff., 111 u. 101; ebenso auch Lenel, Edikt S. 518 Anm. 4.

ist Haftung". Auch Rabel[1]) vertritt den richtigen Standpunkt, daß die Haftung ohne Zusage eingetreten sei.

Was den näheren Inhalt des Haftungsversprechens des Verkäufers betrifft, so ist eine cautio se dominum esse aus den Quellen nicht bezeugt, sondern nur die bereits erwähnte Haftung wegen Eviktion, d. h. Entwehrung auf Grund des Hervortretens eines fremden Rechts durch gerichtliches Urteil.

Von dieser actio auctoritatis finden sich in den Digesten ganz unverkennbare, wenn auch durch Interpolationen verdeckte, Spuren. Lenel[2]) weist bei verschiedenen Stellen offenkundige Interpolationen überzeugend nach. Sehr wahrscheinlich ist auch die vorliegende Quellenstelle, die l. 21, interpoliert. Im ursprünglichen Text wird es gelautet haben statt „pro evictione" „secundum mancipium",[3]) und wahrscheinlich ist statt „emptionis nomine" „evictionis nomine" zu lesen,[4]) und es hat ursprünglich gelautet „auctoritatis nomine".[5])

Zum Beweise dafür, daß auch die vorliegende Stelle interpoliert ist, mag noch erwähnt werden, daß

---

[1]) Rabel S. 2 Anm. 1.

[2]) Lenel, Edikt S. 519.

[3]) Lenel, Palingenesia Bd. 2 S. 79; vgl. auch Heumann-Seckel S. 177.

[4]) vgl. Lenel, Palingenesia Bd. 2 S. 79.

[5]) vgl. Lenel, Edikt S. 519.

wie in den übrigen von Lenel[1]) als interpoliert angeführten Stellen der Kaufgegenstand eine res mancipi — Grundstück oder Sklave — ist.

Über Mommsens Lesart „marito" statt „maritus" vgl. S. 17 der Arbeit.

Mit dieser actio auctoritatis steht in engem Zusammenhange die satisdatio secundum mancipium. Hierunter versteht man[2]) die Stellung eines oder mehrerer Bürgen seitens des Verkäufers für die Erfüllung seiner Gewährleistungspflicht aus dem mancipium.[3]) Die Verbürgung setzte Verbalobligation voraus, und zwar bestanden für die Stipulationsbürgschaft drei Formen, die sponsio, die fidepromissio und die fideiussio. Die Bürgschaftsform der sponsio kam wahrscheinlich für vorliegende Stelle in Frage.

Die satisdatio secundum mancipium wird schon erwähnt bei Cicero in seinem Brief an Atticus.[4]) Hauptquelle ist jedoch die baetische Fiduziartafel.[5])

Auch das Wesen der satisdatio secundum mancipium ist wegen der Mangelhaftigkeit der erhaltenen Quellenstellen streitig. Wahrscheinlich verfolgte sie den Zweck, dem Käufer eine größere Sicherheit zu

---

[1]) Lenel, Edikt S. 521.

[2]) vgl. hierzu Eck S. 10/11.

[3]) Lenel, Edikt S. 522.

[4]) Cicero ad Atticum V 1; Girard 1883 S. 547/48.

[5]) Bruns S. 234 und besonders Rudorff, Fiduziartafel S. 52 ff., 94 ff.

gewähren, und war so häufig, daß der Bürge im Volksmund als auctor secundus bezeichnet wurde.[1]) Vgl. l. 4. pr. D. 21, 2. Bechmann[2]) bestreitet dies zwar und behauptet, daß die satisdatio auch ohne mancipium habe vorkommen können und sie sogar bezüglich der dem Verkäufer obliegenden Auktoritätspflicht habe ersetzen können. Anderer Ansicht ist aber mit Recht Lenel,[3]) der darauf hinweist, daß die satisdatio s. m. schon ihrem Namen nach eine Kaution bedeutet habe, welche sich an eine geschehene Manzipation angeschlossen habe. Ob die Bürgschaftsbestellung zu den gesetzlichen Pflichten des Verkäufers gehörte oder nur eintrat, wenn man sich besonders dazu verpflichtet hatte, kann nicht mehr festgestellt werden.[4])

Die baetische Fiduziartafel erwähnt auch die repromissio. Sie unterscheidet sich von der satisdatio secundum mancipium dadurch, daß der Manzipant selbst sie leistete und nicht ein Dritter, Bürge. Ihr Zweck war, vermutlich als Grundlage für die Bürgschaft zu dienen, welche in ihrer strengrömischen Gestalt — der sponsio — sich nur an eine Verbalobligation anschließen kann.

Sowohl die Haftung aus der satisdatio secundum mancipium als auch ferner aus der repromissio haben

---

[1]) Eck S. 10.

[2]) Bechmann, Kauf S. 369.

[3]) Lenel, Edikt S. 522.

[4]) vgl. Eck S. 10ff.; Degenkolb S. 155.

große Ähnlichkeit mit der Haftung kraft der actio auctoritatis, indem bei allen Rechtsformen die Defensionspflicht besteht.

Nach dieser Feststellung wenden wir uns der eigentlichen Betrachtung der l. 22 zu: In dieser lex hat eine Frau ein Grundstück, und zwar, wie anzunehmen ist, in der Form der Manzipation gekauft und sich für den Fall der Entwehrung Bürgen stellen lassen. Sie gibt es ihrem Manne zur dos, und diesem wird es von einem Dritten evinziert. Die Frau soll dann sogleich gegen die Bürgen klagen können. Pomponius begründet das sofortige Klagerecht der Frau damit, daß er sagt, sie habe durch die ihrem Ehemann gegenüber erfolgte Eviktion „quasi minorem dotem vel etiam nullam". Das Klagerecht der Frau erscheint insofern auffällig, als ja nicht ihr selbst als Käuferin des evinzierten fundus, sondern ihrem Ehemann, dem sie ihn zur dos gegeben hat, evinziert ist. Denn gegen ihren Ehemann ist die Klage erhoben, und er hat dem Urteil Genüge geleistet. Obwohl also der Frau nicht unmittelbar evinziert ist, kann sie doch klagen. Aber da die Entziehung nicht ihr als Käuferin, sondern ihrem Ehemann gegenüber erfolgt ist, kann hierin unter Umständen eine Schädigung der Frau liegen, und es kann so angesehen werden, als wenn ihr selbst evinziert worden wäre. Eine Schädigung der Frau liegt z. B. dann vor, wenn der Mann auf Grund der Eviktion gegen sie Regreß genommen hat;

denn die Lage der Frau ist dann nicht anders, als wenn ihr selbst evinziert worden wäre. Die auctoritas des Verkäufers geht denn auch, wie oben dargestellt, dahin, dem Käufer sein Interesse für jeden Fall zu ersetzen, in welchem er die gekaufte Sache infolge des Hervortretens des Rechtes eines Dritten nicht behalten darf, allerdings immer unter der Voraussetzung, daß dies per judicium geschieht. Für das Interesse des Käufers macht es keinen Unterschied, ob die Sache ihm selbst oder seinem Rechtsnachfolger evinziert ist, wofern dieser nur gegen ihn als seinen auctor Regreß genommen hat. Der Käufer ist in diesem Falle ebenso geschädigt, als wenn ihm während seiner eigenen Besitzzeit evinziert worden wäre.[1])

Das Klagerecht der Frau wäre daher (da ihr nicht selbst evinziert ist) dann hinreichend begründet, wenn sie dem Manne regreßpflichtig wäre und der Mann gegen sie Regreß genommen hätte. Die bloße Möglichkeit eines solchen Regresses würde nach dem bereits Ausgeführten zur Begründung eines Klagerechtes der Frau nicht ausreichend sein, sich vielmehr als eine Ausnahme von den oben festgestellten Voraussetzungen der actio auctoritatis darstellen. Daß die Frau klagen könne, würde dann bedeuten, daß sie klagen könne, ohne den Regreß ihres Mannes ab-

---

[1]) vgl. l. 33 de evict., l. 61, l. 62 pr. eod., l. 41 eod.; Bekker S. 286.

zuwarten.[1]) Aus dem Wortlaut der l. 22 läßt sich die Möglichkeit eines Regreßrechtes des Mannes gegen die Frau ohne weiteres nicht entnehmen. Es ist hier nur die Rede davon, daß die Frau ein Grundstück gekauft und es ihrem Ehemann zur dos gegeben hat. Wer aber eine dos gibt, ohne dazu verpflichtet zu sein, trägt, abgesehen von einem dolus bei der Bestellung, der hier nicht anzunehmen ist, nur unter besonderen Voraussetzungen die Verantwortung wegen Eviktion, nämlich entweder, wenn er die Haftung durch Vertrag besonders übernommen hat, oder wenn er sich zur Hingabe besonders verpflichtet hat, oder wenn es sich um eine dos venditionis causa aestimata handelt.[2]) Das Nähere gehört in die Darstellung der folgenden l. 23.

Für die Annahme, daß das sofortige Klagerecht der Frau im Hinblick auf einen Regreß ihres Mannes gegeben sein könnte, und für die Frage, worauf sich dieser Regreß des Mannes stützen würde (da bloße datio nicht hinreicht),[3]) scheidet zunächst die Hingabe der dos venditionis causa als Regreßgrund aus. Denn da bei dieser nicht das Hingegebene, sondern die Anschlagssumme dos ist, während das Objekt der dos

---

[1]) Glück Bd. 20 S. 426/27.

[2]) vgl. Bekker S. 262; Brinz S. 738; Czyhlarz S. 208 ff.; Sintenis S. 34.

[3]) vgl. unten bei der Erklärung der l. 23.

in das Eigentum des Mannes übergeht,[1]) so wird durch eine Eviktion des hingegebenen Dotalgegenstandes, der ja nicht in dote ist, die dos der Frau nicht betroffen. In der l. 22 wird aber zur Begründung des sofortigen Klagerechtes der Frau ausdrücklich hervorgehoben, die Frau habe „quasi minorem dotem". Hieraus ist also zu ersehen, daß es sich nicht um eine dos venditionis causa aestimata handeln kann.[2])

Wenn man daher das sofortige Klagerecht der Frau durch den Hinweis auf einen Regreß ihres Mannes begründen will, so bleibt, abgesehen von einem besonderen Haftungsversprechen für Eviktion, das nach Lage der Dinge nicht anzunehmen ist, nur die Vermutung übrig, daß die Frau eine besondere Verpflichtung zur Hingabe zur dos durch dotis promissio übernommen hat und daraus nunmehr von ihrem Manne in Anspruch genommen ist. Eine solche dotis promissio würde sie, wie unten bei der l. 23 darzustellen ist, zum Regreß verpflichten. Man würde dann auch in der l. 22 eine solche dotis promissio zur Begründung des Regreßanspruches des Mannes der dotis datio, von der hier allein die Rede ist, zugrunde legen. Damit wäre die Grundlage für den Regreß des Mannes gegen die Frau erklärt. Mit einem ge-

---

[1]) Windscheid § 494; Bechmann, Dotalrecht S. 212 ff.; Czyhlarz S. 152/53; Sintenis S. 23 ff.; Glück Bd. 25 S. 30 ff.

[2]) vgl. Müller S. 138 Anm. 56; Glück Bd. 25 S. 85.

wissen Rechte könnte man sich dabei auf die folgende l. 23 berufen,[1]) in der von einer promissio die Rede ist, und man könnte aus der engen Verknüpfung dieser lex mit der l. 22 folgern, daß auch der dotis datio der l. 22 stillschweigend eine dotis promissio zugrunde liegt. Nimmt man dies an, so ist das sofortige Klagerecht der Frau ebensowenig etwas Besonderes wie in den übrigen Fällen, in denen der Mann gegen sie Regreß genommen hat, da es dem oben aufgestellten Grundsatz entspräche, daß nämlich der seitens des Rechtsnachfolgers des Käufers gegen diesen genommene Regreß infolge der erlittenen Eviktion nicht anders beurteilt werden kann, als die Eviktion, die den Käufer selbst betroffen hat. Etwas Besonderes wäre das sofortige Klagerecht der Frau nur dann, wenn der Mann den Regreß noch nicht gegen sie genommen hätte und ihr trotzdem schon im Hinblick auf einen erst zu befürchtenden Regreß das Klagerecht gegen die Bürgen sofort gewährt würde, ohne daß sie diesen Regreß ihres Mannes gegen sich abzuwarten brauchte.[2])

Westphal[3]) sucht das sofortige Klagerecht der Frau damit zu erklären, daß Mann und Frau in einer „Unität" leben. Auch die Glosse zu den Schluß-

---

[1]) vgl. Brinz § 482 Anm. 40.

[2]) vgl. Glück Bd. 20 S. 427; Waechtler S. 151.

[3]) Westphal § 312 S. 251.

worten der l. 22 gibt der Frau das sofortige Klagerecht deshalb, weil der Mann als ein „alius" nicht aufzufassen sei.[1])

Allein abgesehen davon, daß man einer solchen Konstruktion zur Begründung der Klage der Ehefrau gar nicht bedarf, wie oben erwähnt, und überdies eine derartige Konstruktion in den Quellen keine Stütze findet und daher durchweg als nichtrömisch zu verwerfen ist, so würde damit immer nur erklärt sein, daß die Frau klagen kann, nicht aber, daß sie sofort klagen kann.

Windscheid[2]) sieht in dem sofortigen Klagerecht der Frau „nichts Besonderes", weil die Frau ein „Interesse" daran hat, daß der Mann die dos behalte. So auch Brunnemann.[3])

Windscheid will mit dem „Interesse" der Frau wohl offenbar nicht so sehr ihr Interesse als Käuferin, sondern als Ehefrau betonen. Hierin kann man ihm unbedenklich zustimmen. Dieses ihr Interesse als Ehefrau hat mit demjenigen Interesse, das sie an einer etwaigen Regreßklage ihres Ehemannes hat, nichts zu tun und ist offenbar auch für Pomponius allein ausschlaggebend. Seine Begründung ergibt sich leicht aus den oben erwähnten Voraussetzungen der actio auctoritatis. Infolge ihres Charakters als

[1]) vgl. Müller S. 139.

[2]) Windscheid § 498 Anm. 2, § 391 Anm. 31.

[3]) Brunnemann ad l. 22 XXI, 2 S. 37.

Schadensersatzklage, geknüpft an das Erfordernis der evictio per judicium, greift sie nicht nur Platz, wenn dem Käufer selbst evinziert und er dadurch des gezahlten Kaufpreises verlustig gegangen ist, sondern auch dann, wenn seinem Rechtsnachfolger evinziert und dieser an ihm Regreß genommen hat. Hier in der l. 22 bedarf es eines solchen Regresses des Ehemannes nicht einmal, damit der Frau durch die diesem gegenüber erfolgte Eviktion ein Schaden entsteht.[1])

Wenn danach das Klagerecht der Frau schon aus ihrer Stellung zur dos während der Ehe hinreichend erklärt sein sollte, da es ja auch an dem weiteren Erfordernis der actio auctoritatis, der Entziehung per judicium nicht fehlen würde, so läge kein Anlaß vor, der l. 22 etwas anderes zugrunde zu legen, als was sie nach ihrem Wortlaut enthält: eine bloße dotis datio unter Ausschluß irgendeines Regreßanspruches ihres Mannes. Nimmt man dies an, so muß man auch die Lesart Mommsens[2]) ablehnen, welcher für „maritus" „marito" setzt; denn diese Lesart hat einen Regreßanspruch des Mannes und eine Ersatzpflicht der Frau zur Voraussetzung.[3])

---

[1]) Das Nähere über den der Frau entstandenen Schaden vgl. unten S. 21.

[2]) vgl. S. 9 der Arbeit.

[3]) vgl. Huschke, Pandektenkritik S. 63; and. M. Kempin S. 84.

Der einzige nach jeder Richtung hin befriedigende Grund für das sofortige Klagerecht der Frau ist in ihrer Stellung zur dos schon während Bestehen der Ehe zu suchen. Zwar gehen in der Regel die Dotalsachen in das Vermögen des Mannes über; aber dennoch kann die Frau klagen, weil sie durch die Eviktion unmittelbar geschädigt ist. Vom natürlichen Standpunkt erscheint dies nicht befremdlich. „Denn wenn der Mann die dos auch erhält, so erhält er sie doch nicht um seiner selbst, sondern um der Ehe willen. Durch die dos wird auch die Frau ausgestattet, dotata, nicht nur insoweit, als ihr die dos in Gestalt des Unterhaltes zustatten kommt, sondern so, daß sie die dos hat (l. 71 § 3 D. 35, 1; l. 43 § 1 D. 26, 7), daß sie im Augenblick der Bestellung von ihr erworben wird".[1]) Zur Begründung des der Frau durch die Eviktion ihres Dotalgrundstückes schon jetzt entstandenen unmittelbaren Schadens ist es gar nicht erforderlich, mit Tigerström[2]) und Brinz[3]) dem Manne nur ein „prokuratorisches Eigentum" an der dos beizulegen. Brinz[4]) sieht in der dos nur „eine dem Manne gehörige res uxoria, wie bei der fiducia cum amico und cum creditore contracta die

---

[1]) Brinz Bd. 3 S. 692, 698 u. 699; Windscheid Bd. 3 § 493 Anm. 4.

[2]) Tigerström §§ 35 ff.

[3]) Brinz S. 705; vgl. auch Windscheid § 496 Anm. 3.

[4]) Brinz S. 704.

einzelnen Sachen, obwohl sie formell Eigentum des Depositars und Gläubigers sind, doch durchweg als ihm anvertrautes fremdes Gut behandelt werden. Der Mann hat also die dos für die Frau, die Frau aber hat sie durch den Mann".

Diese „Duplizität"[1]) des Eigentums an der dos während des Bestehens der Ehe würde in der Tat die beste und nach jeder Hinsicht auch rechtlich befriedigende Erklärung für das sofortige Klagerecht der Frau abgeben. Indessen genügt es auch, wenn man mit der herrschenden Meinung der Frau zwar das Eigentum an den Dotalsachen wegen seines Überganges an den Mann abspricht, aber gegenüber der rechtlichen die natürliche Auffassung der dos als einer trotz des Eigentums des Mannes der Frau auch schon während Bestehen der Ehe verbleibenden res uxoria hervorhebt. Diese Hervorhebung findet sich wiederholt in den Pandekten, so in der l. 75 D. de jure dotium (23, 3) und insbesondere in der l. 30 C. 5, 12, und zwar nicht erst seit Justinian, wie Czyhlarz[2]) annimmt. „Diese natürliche Auffassung, die nicht auf die Rechtsform, sondern auf die praktischen Resultate sieht, welchen die Rechtsform dient, findet ihren schärfsten Ausdruck in Justinians l. 30 C. 5, 12, findet sich aber auch bei den klassischen Juristen,

---

[1]) Brinz S. 705.

[2]) Czyhlarz S. 195.

z. B. in l. 3 § 5 D. 4, 4: „quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est", in l. 71 D. 21, 2 „mulieris dos est", und besonders ausführlich in der l. 75 D. 23, 3 „quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est".[1]) In Übereinstimmung hiermit betont auch Dernburg,[2]) daß „nach der Auffassung des Lebens die dos Frauenvermögen ist", Wendt,[3]) daß sie „Frauengut in der Hand des Mannes ist".

Die Frau hat an dem gegen ihren Ehemann erhobenen Prozeß ein Interesse, und zwar deswegen, weil das darin ergangene Urteil für und gegen die Frau wirkt. Nach den Ausführungen Müllers[4]) „bedarf es wohl kaum eines ausführlicheren Beweises, daß nach der ganzen inneren Natur des Dotalverhältnisses alle Einwirkungen, welche die Lage der dos und die Integrität ihres Bestandes beeinträchtigen, in unmittelbarer Weise sich gegen das Recht der Frau konzentrieren".

Wenn Czyhlarz[5]) den Ausdruck „dos mulieris est" nicht für einen sachenrechtlichen Begriff hält, so verkennt er andererseits doch nicht, daß die Frau bereits jetzt ein unmittelbares Interesse an dem Schicksal der dos hat, da „gerade das Eigentum des

---

[1]) Windscheid § 496 Anm. 3.

[2]) Dernburg Bd. 3 § 19 S. 37.

[3]) Wendt § 301 S. 709; vgl. auch Müller S. 143.

[4]) Müller S. 144/45.

[5]) Czyhlarz S. 190.

Mannes ihre dos bildet".[1]) Schon jetzt ist ihr die dos erworben,[2]) und sie hat daher schon jetzt ein unmittelbares Interesse an der dos, nicht erst nach Auflösung der Ehe; hoc enim et mulieris interest, ut incipiat esse dotata.[3])

Allen Auffassungen über die rechtliche Natur der dos, mögen sie der Frau ein rechtliches oder ein nur natürliches Eigentum zusprechen, ist jedenfalls das eine gemeinsam, daß sie in der den Mann betroffenen Eviktion der dos zugleich auch eine Schädigung der Frau erblicken müssen. In dieser Schädigung der Frau liegt in materieller Beziehung der wahre und einzige Grund für ihr sofortiges, nicht erst durch Auflösung der Ehe bedingtes Klagerecht. Diese Schädigung der Frau ist nicht allein darin zu suchen, daß ihr durch die Eviktion die emolumenti potestas (l. 75 D. 23, 3) entzogen wird[4]) — dies ist nur ein Grund mehr für ihr sofortiges Klagerecht —. Es ist dies, wie Brinz[5]) richtig bemerkt, nicht die Ursache, sondern die Wirkung des in dotem habere. Die Schädigung der Frau ist auch nicht darin zu suchen, daß die Frau ihres Forderungsrechtes auf Rückgewähr der dos verlustig geht,[2]) sondern, wie er-

---

[1]) Czyhlarz S. 189.

[2]) l. 7 D. 23, 4.

[3]) l. 71 § 3 D. 35, 1.

[4]) vgl. Czyhlarz S. 189/90.

[5]) Brinz S. 699.

wähnt, in der Tatsache der bereits jetzt erfolgten unmittelbaren Schädigung der Frau an ihrer dos als einer res uxoria. Durch die Eviktion wird sie selbst unmittelbar betroffen „ipsa evictionem pati creditur".[1]) Das Klagerecht wird der Frau sogleich, nicht erst nach Auflösung der Ehe gegeben. Die Frau braucht, um zu ihrem Rechte zu gelangen, nicht bis zur Auflösung der Ehe zu warten und durch die Länge der Zeit der Gefahr ausgesetzt zu sein, ihr Recht gegen Käufer und Bürgen nicht verfolgen zu können. Damit ist auch das Verständnis für das „statim agere adversus fidejussores" gegeben. Denn daß die Frau sogleich gegen die Bürgen klagen kann, ist nichts Auffälliges. Denn die l. 22 stammt aus einer Zeit, in welcher das beneficium excussionis des Bürgen, das erst durch die Novelle 4 Justinians caput I eingeführt wurde, noch nicht bestand.[2])

Die Frau klagt „quasi minorem dotem habere coepisset vel etiam nullam, si tantum maritus optulisset, quanti fundus esset". Aus diesen letzten Worten geht hervor, daß der evinzierte fundus der einzige Dotalgegenstand der Frau gewesen ist. Der Mann hat, wie weiter hervorgeht, das Grundstück nicht in natura restituiert, sondern den Evinzenten durch das

---

[1]) l. 75 D. 23, 3.

[2]) vgl. Glück Bd. 20 S. 428/29, Bd. 25 S. 85; Müller S. 138 Anm. 55; Windscheid Bd. 2 § 478 Anm. 1; l. 3 § 1 D. 45, 2 und l. 5 C. 8, 40 (41).

offerre litis aestimationem abgefunden.[1]) Wie die l. 16 § 1 D. h. t. ergibt, steht die Abfindung einer spezifischen Restitution gleich. Es hängt das damit zusammen, daß im Formularprozeß „bei Weigerung des Beklagten dem arbitrium de re restituenda Folge zu leisten wegen der Unzulässigkeit unmittelbaren Zwanges und unmittelbarer Vollstreckbarkeit, eine Verurteilung nur in Geld erfolgen konnte".[2])

Die Glosse nimmt an, daß die Zahlung der Litisästimationssumme durch den Mann und die dadurch eingetretene Verminderung der dos unter dem Gesichtspunkte der impensae necessariae, welche ipso jure die dos vermindern würden, zu erklären sei.[3]) Dies ist jedoch nicht richtig, weil, wie Müller[3]) mit Recht hervorhebt, eine „rechtliche Verpflichtung zur Zahlung der Litisästimationssumme" seitens des Mannes nicht besteht. Wenn der Ehemann, anstatt das Grundstück in Natur zurückzugeben, die Litisästimationssumme gezahlt hat, dann treten folgende Rechtswirkungen ein: Die Frau ist nunmehr indotata, da der fundus kein Dotalfundus mehr ist, und der Mann besitzt den fundus nicht mehr wie vor der Entwehrung pro dote, sondern pro emptore.[4])

---

[1]) vgl. Müller S. 140/41.

[2]) vgl. Müller S. 96/97.

[3]) vgl. hierzu Müller S. 141 Anm. 59.

[4]) vgl. hierzu Müller S. 141; Glück Bd. 25 S. 85.

Aus den Schlußworten der l. 22 ist endlich noch zu ersehen, daß die im Eviktionsprozeß angestrengte Klage nicht die rei vindicatio, sondern eine andere dingliche Klage, etwa die actio quasi Serviana, ist.

Das Ergebnis der Untersuchung ist hiernach folgendes: Die Frau hat ein sofortiges Klagerecht lediglich aus dem Grunde, weil es sich um ihre dos handelt, welche zwar durch die Hingabe Eigentum des Mannes wird, aber dennoch ihren Charakter als res uxoria behält, so daß die Frau durch die ihrem Ehemann gegenüber erfolgte Eviktion sofort und unmittelbar geschädigt wird.

Wesentlich anders als in der l. 22 ist der Tatbestand in der folgenden l. 23, obwohl sie äußerlich durch die Worte „sed et" mit der vorangegangenen Stelle verbunden ist. Gemeinsam ist beiden Stellen nur, daß die Frau die Sache, welche sie ihrem Manne als dos bestellte, gekauft hat und sich für den Fall der Eviktion Sicherheit hat geben lassen. In der l. 23 ist dies aber nicht unter Stellung von Bürgen, sondern bloß durch stipulatio duplae des Verkäufers[1]) geschehen. Auch die Hingabe der dos erfolgte nicht wie in der l. 22 durch sofortige datio, sondern auf Grund einer promissio. Der Mann, welchem das Grundstück nicht wie in der l. 22 zu

---

[1]) Diese ist in l. 22 vorausgesetzt.

Lebzeiten, sondern nach dem Tode der Frau evinziert wird, nimmt die Erben ex promissione in Anspruch, und diese wiederum klagen gegen den Verkäufer, und zwar ex stipulatu, während in der l. 22 die Frau nicht gegen den Verkäufer klagte, sondern auf Grund der satisdatio (secundum mancipium) gegen die Bürgen klagt.

Auch der Text der l. 23 ist offenbar nicht in seiner ursprünglichen Gestalt erhalten. Zu dieser Annahme führt schon einmal der Umstand, daß die l. 23 der vorangegangenen l. 22 angegliedert ist und als ihre Fortsetzung erscheint, während ihr, wie demnächst darzustellen ist, tatsächlich ein wesentlich anderer Tatbestand zugrunde liegt. Ferner ist, wie Gradenwitz[1]) ausführt, der Ausdruck „regressus" recht eigentümlich; „entweder hatte man", so erklärt er, „die allgemeine Denkform des Regresses, dann ist nicht zu begreifen, warum man von ihr einen so spärlichen Gebrauch machte, oder man hatte sie nicht, dann konnte auch das Wort nicht in die Sprache hineinschlüpfen". Zudem ist, wie er hervorhebt, die l. 23 „durch den Ausdruck regressus so ungelenk geworden, daß eine Änderung an dem echten Juristentext wahrscheinlich ist, die ihren Grund darin hat, daß die Kompilatoren, um die bereits erwähnte Divergenz zwischen dem Tatbestand der l. 22 und der l. 23 hinwegzubringen, die Worte ‚regressus

[1]) Gradenwitz S. 79—84.

erit ad duplae stipulationem' hineingebracht haben". Überzeugend ist seine Ausführung, daß „durch dieses Einschiebsel dem Ulpianischen Satze alle Kraft genommen wird, indem dadurch alles Folgende koordiniert und ein inkonzinner Wortschwall wird, während dann, wenn man es fortläßt, et ipsi . . . possunt Nachsatz zu quia . . . potest wird, was lateinisch und logisch richtig ist". Auch Brinz[1]) macht et ipsi . . . possunt zum Hauptsatz, will dies aber damit erreichen, daß er vor quia einen Punkt oder ein Semikolon setzt. Dies ist auch die Lesart von Glück.[2]) Nach der Lesart von Huschke[3]) ist statt „quia" „quum" zu setzen.[4])

Der Fassung von Gradenwitz ist der Vorzug zu geben, weil sie das schwerfälllige Einschiebsel wegläßt. Die Stelle lautet danach: aber auch wenn nach dem Tode der Frau (dem Manne) evinziert wird, können die Erben aus der stipulatio klagen, weil der Mann aus der promissio klagen kann.

Die Frau hat hiernach eine Sache gekauft, diese ihrem Manne als dos versprochen und für den Fall der Entwehrung sich eine Geldleistung versprechen lassen. Diese stipulatio ging gewöhnlich auf das Doppelte des gezahlten Kaufpreises. Man bediente

---

[1]) Brinz S. 735 Anm. 40.

[2]) Glück Bd. 25 S. 88.

[3]) Huschke, Pandektenkritik S. 63/64.

[4]) vgl. darüber S. 34, 35 der Arbeit.

sich dieser stipulatio, entweder wenn res mancipi inter cives Romanos durch bloße traditio übertragen wurden oder res nec mancipi, die nur formlos veräußert werden konnten, verkauft wurden, oder wenn auch nur einer der Kontrahenten Peregrine war.[1]) Es ist anzunehmen, daß ein derartiger Fall auch hier in der l. 23 vorliegt, und daß die Frau nicht unter Anwendung der Manzipation gekauft hat, da sie in diesem Fall durch die auctoritas des Verkäufers hinreichend geschützt gewesen wäre.

Die stipulatio duplae war abstrakte Verbalkaution, neben welcher eine Sicherheitsleistung durch Bürgen nur im Falle besonderer Abrede gefordert werden konnte.[2]) Sie hat sich nach Lenel[3]) im ädilizischen Edikt entwickelt bei denjenigen Käufen, bei denen das mancipium unterblieben war und daher die zivile auctoritas nicht stattfand, und diente dazu, eine Lücke in der Rechtsordnung durch private Übereinkunft auszufüllen, um dem Käufer über den Mangel des Eigentums während der Ersitzungszeit hinwegzuhelfen.[4]) Im Gegensatz zur auctoritas begründete sie eine Entschädigungspflicht[4]) des Verkäufers, nicht dagegen eine Defensionspflicht des Verkäufers, die

---

[1]) vgl. Müller S. 38 ff.; Eck S. 14.

[2]) l. 37 p. und l. 56 D. h. t.; vgl. auch Müller S. 77 und Bechmann S. 382.

[3]) Lenel S. 541.

[4]) Bechmann S. 376.

in der Formel der stipulatio nicht enthalten ist. An die Stelle der Defensionspflicht trat das Recht des Verkäufers, in seinem Interesse am Prozesse teilzunehmen.[1]) Die Streitfrage, ob der Käufer verpflichtet war, dem Verkäufer Anzeige zu machen, ist für die Erklärung der l. 23 unerheblich. Notwendige Voraussetzung war aber für den Verfall der stipulatio duplae, ebenso wie für die Anstrengung der actio auctoritatis, daß die Sache per judicium entzogen wurde, und zwar mußte die Sache, wie dies auch für die actio auctoritatis gefordert werden muß, auf Grund des Urteils wirklich herausgegeben oder, was dem gleichstand, die litisaestimatio gezahlt sein.[2]) Für die stipulatio gilt daher in dieser Beziehung dasselbe, was bereits oben gelegentlich der Manzipationshaftung gesagt ist.

In der l. 23 ist die von der Frau gekaufte und von ihr in dotem versprochene Sache[3]) nach ihrem Tode dem Manne evinziert worden. Daß dem Manne evinziert worden ist, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber aus dem ganzen Zusammenhange zu entnehmen. Der Mann klagt gegen die Erben der Frau,

---

[1]) Bechmann S. 377.

[2]) vgl. l. 16 § 1 D. h. t. und hierzu Müller S. 92/93; Bechmann S. 377/78; Glück Bd. 20 S. 174; Kohler S. 244 ff.

[3]) Es braucht also in der l. 23 nicht gerade ein Grundstück gewesen zu sein.

und diese wiederum klagen ex stipulatu gegen den Verkäufer.

Daß die Erben zur Klage ex stipulatu aktiv legitimiert sind, wird in der l. 23 als unstreitig vorausgesetzt, da die stipulatio sowohl aktiv als auch passiv vererblich ist.[1]) Ebenso wie ihrer Erblasserin ein Klagerecht gegen den Verkäufer ex stipulatu zustand, können sie selbst gegen ihn klagen,[2]) und zwar stützt sich ihr Klagerecht darauf, daß der Ehemann gegen sie wegen der Eviktion Regreß genommen hat. Hierdurch ist die Klage der Erben aus der Eviktionsstipulation hinreichend begründet. Denn es macht, wie bereits dargestellt, keinen Unterschied, ob den Erben selbst oder dem Ehemann evinziert wird, wofern dieser gegen sie auf Grund der Eviktion Regreß genommen hat. Die Erben klagen ex stipulatu gegen den Verkäufer, weil der Ehemann ex promissione gegen sie geklagt hat.

Was ist unter „ex promissione" klagen zu verstehen? So viel ist sicher, daß der Mann klagt, weil ihm die Sache nach dem Tode seiner Frau evinziert ist. Er macht also die Erben der Frau für die Eviktion verantwortlich und klagt gegen sie ex promissione. Worauf gründet sich die Haftung der Erben? Beruht sie auf einem besonderen Haftungsversprechen wegen

---

[1]) vgl. l. 51 § 1 D. 21, 2.

[2]) Glück Bd. 25 S. 89; Waechtler S. 53.

Eviktion, so daß bei ex promissione . . . agere ein „evictionis" zu ergänzen ist, oder bedarf es für die Haftung des Erben wegen Eviktion eines besonderen Haftungsversprechens nicht und ist die Haftung wegen Eviktion schon in der promissio dotis enthalten, so daß bei ex promissione . . . agere nur ein „dotis" zu ergänzen ist? Diese Untersuchung soll der Zweck der folgenden Darstellung sein. Ergibt sich aus ihr, daß das Versprechen der Hingabe einer dos bereits die Haftung wegen Eviktion enthält, so ist ein besonderes Haftungsversprechen wegen Eviktion neben der promissio dotis überflüssig, und kann daher auch der l. 23 nur eine promissio d o t i s und nicht eine promissio evictionis zugrunde liegen.

Nach D e r n b u r g[1]) und B r i n z[2]) haftet der Besteller einer dos, gleichgültig ob eine promissio oder eine bloße dotis datio zugrunde liegt, wegen Eviktion der Dotalsachen nicht ipso jure, sondern nur, wenn die Haftung durch pactum de evictione praestanda besonders vereinbart ist. D e r n b u r g[1]) beruft sich hierfür auf l. 1 C. 5, 12, in welcher ein solches pactum de evictione praestanda enthalten sein soll. Er tritt damit in Gegensatz zu der herrschenden Meinung, welche in den Worten der l. 1 C. 5, 12: „si pollicitatio vel promissio fuerit interposita . . ." eine promissio

---

[1]) D e r n b u r g Bd. 3 § 16 Anm. 16, 7. u. 5. Aufl.

[2]) B r i n z § 482 S. 735/36.

dotis sieht, welche ipso jure Eviktionshaftung begründet. Die von Dernburg außerdem für seine Behauptung, daß die Bestellung einer dos schlechthin nicht eviktionspflichtig macht, mag es sich um eine promissio oder dotis datio handeln, angezogenen Stellen, l. 16 und l. 52 D. 23, 3, handeln überhaupt nicht von der dotis promissio, sondern von der dotis datio und könnten daher an sich seine Ansicht nur bezüglich der dotis datio begründen. Indessen, so schließt er weiter, und ebenso Brinz,[1]) müßte das, was von der dotis datio gelte, auch von der dotis promissio gelten. Denn mehr wie eine dos geben wolle auch der Promittent nicht; der favor dotis würde zum odium gegen den Geber. Brinz[2]) sucht seine Behauptung, daß die dotis datio eine Eviktionshaftung nicht begründe, damit zu erklären, daß er die durch die Frau dem Manne gegenüber erfolgte dotis datio wenn nicht als Schenkung, so doch als Liberalität darstellt. Mit Recht bemerkt hiergegen Windscheid,[3]) daß der Mann die dos nur um der Ehe willen hat, daß sie ihm nur pro oneribus matrimonii gegeben wird (l. 21 § 1 D. 24, 1), und daß wenn eine Frau eine dos gibt, sie hierzu zwar nicht vom rechtlichen, aber vom natürlichen Standpunkt aus verpflichtet ist.[4])

---

[1]) Brinz Bd. 3 § 482 S. 735/36.

[2]) Brinz S. 738.

[3]) Windscheid Bd. 3 § 492 Anm. 4.

[4]) vgl. l. 32 § 2 D. 12, 6.

Ebenso wie Dernburg und Brinz geht auch Windscheid[1]) davon aus, daß das Versprechen, eine dos zu geben, nicht anders behandelt werden könne als die Übergabe ohne Versprechen; denn dieses Versprechen sei bereits in der Tradition enthalten. Im Gegensatz zu Dernburg und Brinz behauptet er aber, daß schon die bloße datio dotis wenigstens in der späteren Zeit nach der l. 1 C. 5, 12 schlechthin eine Verpflichtung zur Leistung einer dos erzeugt habe, und zwar nicht allein für den Fall der Eviktion, sondern für jede Art der Entziehung; l. 1 C. 5, 12 stehe dem nicht entgegen; denn diese Stelle sage nicht, daß der Besteller bloß wegen Eviktion hafte. Aus der ipso jure eintretenden Prästationspflicht bei der dotis datio folgert er diese Prästationspflicht auch für die dotis promissio.

Dieser Ansicht Windscheids ist wohl im Ergebnis beizutreten, aber nicht in ihrer Begründung. Windscheid sowohl wie Dernburg und Brinz wollen ihre entgegengesetzte Lehre von der Haftung des Bestellers bei der dotis datio auch auf die dotis promissio anwenden, indem sie auf die Gleichartigkeit der datio und promissio dotis hinweisen. Indessen ist nicht abzusehen, warum diese beiden Institute, selbst wenn sie den Parteiintentionen nach nicht voneinander verschieden und beide auf die gleiche Leistung

---

[1]) Windscheid Bd. 3 § 495 Anm. 5.

gerichtet sein sollten, nicht der Haftung nach verschieden sein sollten; denn wie bereits erwähnt,[1]) ist die Leistungspflicht und die Haftungspflicht voneinander getrennt zu halten.

Die Frage nach der Haftung des Bestellers bei der dotis promissio, die hier allein interessiert, kann daher nicht dadurch beantwortet werden, daß man die dotis datio heranzieht, sondern muß für sich allein entschieden werden. In der dotis promissio allein liegt aber schon eine dotis constitutio, d. h. das dem Manne durch das Versprechen erworbene Forderungsrecht steht bereits unter Dotalgrundsätzen. Der Besteller ist kraft der promissio zur Eigentumsübertragung verpflichtet. Wenn daher dem Manne das auf Grund der promissio geleistete Objekt evinziert worden ist, so hat der promissor durch die Leistung der objektiv fremden und evinzierten Sache seine Verpflichtungen nicht erfüllt und kann daher noch immer auf Grund des Versprechens in Anspruch genommen werden.[2]) „Die Klage des Mannes (gegen die Erben) ist daher in diesem Falle die gewöhnliche Klage aus der promissio auf Erfüllung derselben; sie setzt die Eviktion

---

[1]) vgl. S. 6 der Arbeit.

[2]) vgl. Czyhlarz S. 209; Bekker S. 233ff.; Vangerow § 217 Anm. 2 S. 396; Arndt § 403 Anm. 1; Glück Bd. 25 S. 89; vgl. überhaupt die von Windscheid Bd. 3 § 495 Anm. 5 Angeführten.

nicht als wesentlich voraus, sondern hat sie nur zu ihrer gewöhnlichen Veranlassung." [1])

Wenn also die promissio einer dos schon für sich allein eine Klage auf Erfüllung aus dem Versprechen gibt und die Eviktion nicht als wesentlich voraussetzt, sondern nur als Anlaß für die Erfüllungsklage gilt, so erscheint es überflüssig, die aus der dotis promissio sich von selbst ergebende Haftung für Eviktion noch durch ein besonderes pactum de evictione praestanda zu verstärken. Es muß daher angenommen werden, daß es sich auch in der vorliegenden l. 23 nur um eine promissio dotis und nicht um eine promissio evictionis handelt. Daß die promissio dotis ipso jure eine Haftung wegen Eviktion begründet, wird überdies in der l. 98 pr. D. 46, 3 ausgesprochen: „si ea res a creditore evicta est, dicendum est maritum ex dotis promissione agere posse". Es liegt daher wohl auch kein Grund vor, die l. 1 C. 5, 12, welche einen Hauptpunkt des ganzen Streites über die Eviktionshaftung von Dotalsachen bildet, für etwas anderes zu nehmen als das, was sie ihrem Wortlaut nach erscheint: sie betrifft eine promissio dotis und nicht ein pactum de evictione praestanda.

Wie Dernburg [2]) nimmt auch Huschke [3]) an,

---

[1]) So Czyhlarz S. 209/10.

[2]) Dernburg Bd. 3 § 16 Anm. 16.

[3]) Huschke, Pandektenkritik S. 63/64.

daß die Haftung der Erben nur dann erklärlich sei, wenn die Frau dem Manne für den Fall der Eviktion selbst Sicherheit geleistet habe; da sich aber dieser Fall nicht von selbst verstehe, so sei hinter stipulationem ein nam ausgefallen und statt quia quum zu lesen. Die Lesart Huschkes ist daher abzulehnen.

Es ist also daran festzuhalten, daß der Mann gegen die Erben der Frau ex promissione dotis klagt. „Den Inhalt der promissio bildet die Verpflichtung, dem Manne an dem fundus Eigentum zu verschaffen, welches zum Behalten der Sache berechtigt.“ [1]) Wenn nun die Sache evinziert wird, so erweist sich, daß die Frau ihre Verpflichtung aus der promissio nicht erfüllt hat. Die Erben haften daher dem Manne auf sein Interesse an dem Behalten der Sache, während sie ihrerseits ex stipulatu gegen den Verkäufer auf das Doppelte des an ihn gezahlten Kaufpreises für die Sache klagen können. Aus dem Umstand, daß die Aktivlegitimation des Mannes zur Klage gegen die Erben als unstreitig vorausgesetzt wird, ist zu ersehen, daß es sich in der vorliegenden l. 23 um eine dos adventicia handelt, welche, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst wird, nicht den Erben der Frau zurückgegeben wird, sondern dem

---

[1]) Windscheid Bd. 3 § 495 S. 19.

Manne verbleibt, wenigstens im älteren römischen Recht.[1])

In der l. 24 setzt Africanus folgenden Fall: Eine Frau kauft einen Sklaven und gibt ihn dem Manne, den sie heiraten will, zur dos, ohne zu wissen, daß der Mann Eigentümer dieses Sklaven ist. Er entscheidet, daß die Frau zwar nicht ex stipulatu klagen könne, obwohl ihr das habere licere entzogen und sie indotata geworden sei; da aber die Entziehung nicht per judicium erfolgt sei, gibt er ihr die Klage ex empto.

Daß die actio ex stipulatu ebenso wie die actio auctoritatis an die Voraussetzung einer Entziehung per judicium geknüpft ist, ist bereits bei der Besprechung der l. 22 und l. 23 erwähnt worden, und zwar mußte der Entziehung ein wirkliches judicium vorangegangen sein; „es genügte zu ihrer Anstellung nicht, wenn der Käufer nullo jure cogente die Sache herausgab".[2]) Dies behauptet Bekker[3]) unter Berufung auf l. 11 § 12 D. 19, 1. Aber schon Windscheid[4]) weist darauf hin, daß die l. 11 § 12 nicht von der stipulatio duplae verstanden zu werden braucht, und Kohler[5]) führt aus, daß hier „über-

---

[1]) Windscheid Bd. 3 § 499 Anm. 1.

[2]) So Kohler S. 246.

[3]) Bekker S. 288 ff.

[4]) Windscheid Bd. 2 § 391 Anm. 10.

[5]) Kohler S. 246 Anm.; Salpius S. 227; Bechmann S. 394.

haupt nicht von der Eviktionsstipulation, sondern von der stipulatio furtis noxisque solutum esse die Rede ist; der Verfall dieser Stipulation setzte aber keine Eviktion voraus, da die noxa als eigentümlicher, mehr faktischer als rechtlicher Mangel galt".

Es muß also daran festgehalten werden, daß für die actio ex stipulatu die Entziehung per judicium Erfordernis war,[1]) und daß eine Herausgabe der gekauften Sache seitens des Käufers ohne judicium selbst dann nicht für den Verfall der stipulatio genügte, wenn die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf sein unzweifelhaftes Recht herausgegeben wurde. Windscheid[2]) stellt eine solche Herausgabe der gekauften Sache bei der Unbezweifelbarkeit des Rechtes eines Dritten einer tatsächlich erfolgten Eviktion gleich; indessen hat er dabei wohl nur die actio ex empto im Auge, welche wegen ihres Charakters als actio bonae fidei, wie unten darzustellen ist, sowohl „hinsichtlich des Petitums als auch in den materiellen und insbesondere in den formellen Voraussetzungen freier gestellt war",[3]) als die dem jus strictum angehörige actio ex stipulatu. Für die actio ex stipulatu hält wohl auch Windscheid an dem formellen Erfordernis der tatsächlich erfolgten Ent-

[1]) Dies folgt aus der Fassung der stipulatio duplae; vgl. Lenel, Edictum perpet. § 296.

[2]) Windscheid Bd. 2 § 391 S. 672.

[3]) Kohler S. 248.

ziehung per judicium fest. Jedenfalls läßt er[1]) es dahingestellt, „ob die stipulatio auch in diesem Falle (wo der Käufer die Sache bei der Unbezweifelbarkeit des Rechtes des Dritten freiwillig herausgegeben hat) verfällt".

Wenn daher der Frau in der l. 24 auch die actio ex stipulatu versagt ist, weil es an dem Erfordernis der tatsächlich erfolgten Entziehung fehlt, so kann sie doch ex empto klagen.

Die actio ex empto wurde ursprünglich dem Käufer dann gegeben, wenn er es aus irgendeinem Grunde versäumt hatte, sich durch den Abschluß einer Stipulation für den Fall der Entwehrung sicherzustellen. Hier griff die bona fides ein. Sie sah die Haftung des Verkäufers als Pflicht an und sprach daher dem Käufer das Recht zu, mit der actio empti von dem Verkäufer die Vornahme der stipulatio zu fordern, wenn sie bei Abschluß des Kaufes unterlassen worden war.[2]) Allmählich sah man von dem Umweg der stipulatio zur Begründung der Haftung des Verkäufers ab und gab dem Käufer in der actio empti eine unmittelbare Klage zur Geltendmachung seines Anspruchs gegen den Verkäufer. So wurde dessen Haftungspflicht ein immanenter Bestandteil

---

[1]) Windscheid Bd. 2 § 391 Anm. 10 a. E.

[2]) vgl. Girard (1884) S. 416.

des Kaufvertrages.[1]) Wegen ihres Charakters als bonae fidei actio war die actio empti „in ihren materiellen und formellen Voraussetzungen freier gestellt".[2]) „Es kommt nicht mehr darauf an, ob die Entziehung tatsächlich per judicium erfolgt ist oder ob die Sache bei der Unbezweifelbarkeit seines Rechtes freiwillig herausgegeben ist, wenn nur materiell der gleiche Erfolg eingetreten ist."[3]) Eviktion ist nach dieser freieren Auffassung nicht nur Entziehung per judicium, sondern Entziehung wegen Rechtsmangels überhaupt, einerlei ob ein judicium vorhergegangen ist oder ob die Sache wegen Rechtsmangels zur Vermeidung eines aussichtslosen Prozesses freiwillig herausgegeben wird.

Auch in der vorliegenden l. 24 ist, wie Kohler[4]) ausführt, die Lage der Frau, welche dem Manne einen diesem gehörigen Sklaven zur dos gegeben hat, materiell nicht anders zu beurteilen, „als wenn sie ihn aus anderen Gründen dem Eigentümer herausgegeben hätte, um einen aussichtslosen Vindikationsprozeß zu unterlassen". Die Frau ist hier durch das Recht eines Dritten, nämlich ihres Mannes, ebenso indotata geworden wie in der vorangegangenen l. 22.

---

[1]) vgl. Salpius S. 221 ff.; Bechmann S. 666 ff.; Pernice Bd. 2 S. 90/91; Kohler S. 247; Casper S. 48.

[2]) So Kohler S. 248.

[3]) So Windscheid Bd. 2 § 391 S. 672.

[4]) Kohler S. 248.

Denn der Mann als Eigentümer des Sklaven hat ihn trotz Hingabe zur dos auf Grund seines Eigentumsrechtes kraft eigenen Rechts und nicht pro dote.[1]) Im Erfolg ist also für die Frau das gleiche eingetreten, als wenn ihr der Mann den Sklaven evinziert hätte. „Auch hier ist die Frau wegen des besseren Rechtes ihres Mannes um ihre dos gekommen, nicht anders, als wenn sie ihr gerichtlich abgestritten wäre." [2])

Da die Frau demnach lediglich durch das Eigentumsrecht ihres Mannes an dem Dotalsklaven indotata geworden ist, so tritt die in den beiden vorangegangenen Stellen und insbesondere die in der l. 23 wichtige Frage, auf welche Weise die Bestellung des Sklaven zur dos erfolgt ist, ob der Mann gegen die Frau einen Regreßanspruch hat und ob die Frau daraufhin den Verkäufer belangen kann, in den Hintergrund und erübrigt sich daher eine Untersuchung darüber. In der l. 24 kommt klar zum Ausdruck, daß das Klagerecht der Frau lediglich deshalb gewährt wird, weil ihr das habere licere verletzt ist. Die Frage, die hier zur Erörterung steht, ist, ob die Frau, da sie nicht ex stipulatu klagen kann, ex empto klagen kann.

Wir haben gesehen, daß der Fall der l. 24 materiell nicht anders anzusehen ist, als wenn die

---

[1]) vgl. Waechtler S. 54 und Westphal S. 201.

[2]) So Glück Bd. 20 S. 174.

Frau den Sklaven bei der Unbezweifelbarkeit des Rechtes ihres Mannes herausgegeben hat, ohne sich auf einen Prozeß einzulassen.

Eine solche freiwillige Herausgabe wegen des Rechtes eines Dritten ist bei der freieren Stellung der actio empti gegenüber der actio ex stipulatu einer eigentlichen Eviktion, also einer Entziehung per judicium gleichzuachten. Auch in der l. 24 gründet sich die Verpflichtung des Verkäufers darauf, daß der Frau der von ihr zur dos hingegebene Sklave „evinziert" ist, zwar nicht im eigentlichen Sinne, aber doch dem Erfolge nach. Die freiere Stellung des judex bei der actio empti als einer b. f. actio erlaubt es, auch hier noch eine Eviktion zu sehen.

Wenn man die drei leges in ihrer vermutlich ursprünglichen Gestalt betrachtet, so findet man in ihnen die „drei Formen des Eviktionsregresses des römischen Rechtes: die actio auctoritatis, die Klage aus der duplae stipulatio und die actio ex empto".[1])

In der l. 22 finden wir die auctoritas, eine gesetzlich festbestimmte Haftung auf das Doppelte des gezahlten Kaufpreises, auf das engste mit der mancipatio verbunden und noch verstärkt durch die satisdatio secundum mancipium.

---

[1]) Gradenwitz S. 82.

Die Ausdehnung des Rechtsverkehrs auch auf res nec mancipi und auf Geschäfte mit Peregrinen verlangt eine Sicherung des Käufers auch auf diese Geschäfte, die nur durch bloße Tradition erfüllt werden. Dies wird durch ein abstraktes Garantieversprechen des Verkäufers erreicht, dafür einstehen zu wollen, daß die Sache nicht dem Käufer evinziert wird. Aber ebenso wie die actio auctoritatis nur bei Eviktion, d. h. Wegnahme auf Grund Urteils, gegeben ist, ebenso verfällt die stipulatio nur bei Eviktion und versagt, wenn die Entziehung auf andere Weise als durch judicium erfolgt.

Diesem Mangel hilft die actio ex empto ab, von welcher die l. 24 handelt und welche eine Haftung des Verkäufers auch für die Fälle gewährt, in denen sie durch eine besondere Stipulation nicht begründet ist.

Ob die Haftung des Verkäufers auf die wegen Eviktion beschränkt geblieben ist, oder ob das römische Recht in seiner späteren Entwicklung darüber hinausgegangen ist, steht hier nicht zur Erörterung. Denn wie wir gesehen haben, ermöglicht es die actio ex empto wegen ihrer freieren Stellung als actio bonae fidei, den Verlust der dos in der l. 24 als Eviktion anzusehen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.